

Dr. Wolfgang Straub
Augsburger Deutsch & Partner
Effingerstrasse 17/Postfach 5860
CH-3001 Bern

wolfgang.straub@ad-p.ch
www.it-recht.ch

Materialien und Hinweise zu Dialogverfahren

Übersicht

I. VöB	2
Art. 26a Dialog	2
Materialien	2
II. Vorentwurf zum BöB/Entwurf IVöB	4
Art. 28 Dialog	4
Materialien	4
III. Richtlinie 2014/24/EU	7
Art. 30 Wettbewerblicher Dialog.....	7
Art. 65 Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme aufgefordert werden sollen	8
ANHANG V TEIL C In der Auftragsbekanntmachung aufzuführende Angaben.....	9
Erwägungsgründe	9
IV. Literaturhinweise	12

I. VöB

Art. 26a Dialog

¹ Die Auftraggeberin darf bei komplexen Beschaffungen oder bei der Beschaffung intellektueller Dienstleistungen die von den Anbietern und Anbieterinnen vorgeschlagenen Lösungswege oder Vorgehensweisen im Dialog weiterentwickeln, vorausgesetzt sie hat in der Ausschreibung darauf hingewiesen.

² Sie gibt in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der vorgeschlagenen oder weiterentwickelten Lösungswege und Vorgehensweisen vergütet werden.

³ Sie wählt unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen aus, mit denen sie den Dialog führen will, und gibt ihnen Folgendes vorgängig bekannt:

- a. den Lösungsweg oder die Vorgehensweise, die ausgewählt wurden;
- b. die möglichen Inhalte des Dialogs;
- c. die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots des im Rahmen des Dialogs entwickelten Lösungsweges oder der entwickelten Vorgehensweise.

⁴ Sie hält den Ablauf und den Inhalt des Dialogs nachvollziehbar fest und dokumentiert insbesondere den zeitlichen Aufwand, der mit der Führung des Dialogs für den Anbieter oder die Anbieterin verbunden ist.

Materialien

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) vom 18. November 2009, S. 18f.

Art. 26a Dialog; Abs. 1

Ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, kann das Bedürfnis der Beteiligten bestehen, bereits in einer früheren Phase des Verfahrens miteinander die Vorschläge zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Es handelt sich um einen Lernprozess, der in mehreren Runden ablaufen kann und immer wieder zu Verbesserungen führt. Ein durch die Anonymität geprägter Wettbewerb wird diesem Bedürfnis nicht gerecht. Wird stattdessen ein Dialog gewählt, kann das Bedürfnis erfüllt werden, und es können Verfahrensabbrüche mit anschliessender zeit- und kostenintensiver Wiederholung des Verfahrens vermieden werden. Für die Anbieterinnen hat der Dialog den Vorteil, dass sie ihre Angebote zu Beginn des Vergabeverfahrens nicht bis in die letzten Details erarbeiten müssen, sondern diese in einem fortlaufenden Prozess immer weiter vertiefen können.

Dieses neue Verfahrenselement, das bereits im VE BöB enthalten war, wurde von den meisten Vernehmlassungsteilnehmenden begrüsst (vgl. Vernehmlassungsbericht zu Art. 46a VE BöB). Anders als in der europäischen Gemeinschaft wird der Dialog nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern als ein Instrument verstanden, das in allen Verfahrensarten eingesetzt werden kann. Dieser Ansatz ist besser an das Bundesvergaberecht angepasst. Zudem ermöglicht er eine Regelung auf Verordnungsstufe, die auf der Delegationsnorm an den Bundesrat zur Ausgestaltung von Verhandlungen in Art. 20 Abs. 2 des Gesetzes basiert. Er ist zudem flexibler sowie praktikabler. Die Auftraggeberin kann sich bei der Gestaltung

des Dialoges ganz oder teilweise an einschlägigen Bestimmungen von Fachverbänden orientieren, soweit solche Bestimmungen nicht denjenigen dieser Verordnung widersprechen. Für den Ablauf des Dialoges gelten Formvorschriften, mit denen die Transparenz und die Gleichbehandlung der Anbieterinnen gewährleistet werden.

Wie von mehreren Vernehmlassungsteilnehmenden beantragt, wird der Anwendungsbereich des Dialoges auf komplexe Beschaffungen oder Beschaffungen intellektueller Dienstleistungen eingeschränkt. Zulässig ist ein Dialog sicherlich dann, wenn eine Auftraggeberin objektiv nicht in der Lage ist, selber die beste Lösung oder die beste Vorgehensweise festzulegen, um ihre Ziele zu erreichen. Ein Dialog kann beispielsweise auch geführt werden, wenn die Auftraggeberin sich neue, innovative Lösungsansätze für eine nicht alltägliche Beschaffung erhofft (z.B. geistig schöpferische Dienstleistungen). Aufgrund der hohen Kosten, die ein Dialog regelmässig mit sich bringen dürfte (vgl. Abs. 2), werden die Auftraggeberinnen voraussichtlich nur zurückhaltend von diesem neuen Verfahrenselement Gebrauch machen.

Abs. 2

Die Auftraggeberin hat auch beim Dialog den vertraulichen Charakter sämtlicher von den Anbieterinnen gemachter Angaben zu wahren (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BÖB). Um sich nicht später dem allfälligen Vorwurf auszusetzen, einzelne Lösungsansätze oder Ideen für Vorgehensweisen in späteren Vergaben unentgeltlich verwendet oder die im Dialog gewonnen Erkenntnisse kostenlos ausgenutzt zu haben, werden die Spielregeln in Bezug auf die Vergütung im Voraus bekannt gegeben (Anhang 5 Ziffer 14). Ohne die Zusicherung einer angemessenen Vergütung zu Beginn des Dialoges dürften die Anbieterinnen ohnehin kaum bereit sein, innovative Lösungsvorschläge oder Ideen preiszugeben bzw. weiterzuentwickeln.

Abs. 3

Die Auftraggeberin wird in der Regel nur mit wenigen Anbieterinnen einen Dialog führen. Die Auftraggeberin gibt spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekannt, aufgrund welcher Kriterien sie die Dialogpartner auswählt. Den ausgewählten Anbieterinnen hat sie bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialoges hinreichend früh bekannt zu geben, so dass eine angemessene Vorbereitung und auch Planung für die Anbieterinnen möglich bleibt. Diese Informationen müssen jedenfalls spätestens in der Mitteilung enthalten sein, mit der die Eröffnung des Dialoges angekündigt wird.

Beispiel: Die Auftraggeberin will eine Autobahn über einen Fluss bauen. Sie ist sich nicht sicher, ob sie eine einzelne oder zwei nebeneinander liegende Brücken oder allenfalls sogar einen Tunnel bauen soll. In der Regel wird sie ein selektives Verfahren mit „funktionaler“ Ausschreibung (Art. 16a Abs. 2) wählen, da sie dadurch bereits in der Präqualifikation eine erste Vorauswahl aufgrund der Eignung vornehmen kann (vgl. Art. 15 Abs. 4 BÖB). Nachdem die Eingeladenen ihre Angebote eingereicht haben, kann sie die Anbieterzahl zusätzlich verkleinern, indem sie - wie bei den Verhandlungen (Art. 26 Abs. 1) - anhand der Zuschlagskriterien eine antizipierte Würdigung der eingereichten Angebote vornimmt und nur diejenige Anbieterin für einen Dialog auswählt, deren Lösungsvorschläge oder Vorgehensweisen für den Zuschlag noch in Frage kommen.

Abs. 4

Die wichtigsten Inhalte eines Dialoges sind festzuhalten, um Transparenz zu schaffen und die Gleichbehandlung der einzelnen Anbieterinnen zu gewährleisten. Der zeitliche Aufwand kann für die Vergütung zentral sein, weshalb er zu dokumentieren ist.

II. Vorentwurf zum BÖB/Entwurf IVöB

Art. 28 Dialog

¹ Bei komplexen Aufträgen sowie bei der Beschaffung innovativer Leistungen kann ein Auftraggeber im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens einen Dialog durchführen. Auf den Dialog ist in der Ausschreibung hinzuweisen.

² Der Auftraggeber formuliert und erläutert seine Bedürfnisse und Anforderungen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen. Er gibt ausserdem bekannt:

- a) die möglichen Inhalte des Dialogs;
- b) ob und wie die Teilnahme am Dialog und die Nutzung der Immaterialgüterrechte sowie der Kenntnisse und Erfahrungen des Anbieters entschädigt werden; und
- c) die Fristen und Modalitäten zur Einreichung des endgültigen Angebots.

³ Der Auftraggeber eröffnet in der Folge mit den nach Massgabe der Ausschreibungsunterlagen ausgewählten Anbietern einen Dialog, mit dem Ziel, den Leistungsgegenstand zu konkretisieren sowie die Lösungswege oder Vorgehensweisen zu ermitteln und festzulegen. Der Auftraggeber kann das Verfahren in verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, in denen jeweils die Zahl der teilnehmenden Anbieter nach sachlichen und transparenten Kriterien verringert wird.

⁴ Der Auftraggeber beachtet insbesondere die Vertraulichkeit sowie das Gleichbehandlungsprinzip und unterlässt jede den Wettbewerb verfälschende Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Anbieter gegenüber anderen begünstigt oder benachteiligt werden.

⁵ Der Auftraggeber dokumentiert den Ablauf und den Inhalt des Dialogs in geeigneter und nachvollziehbarer Weise.

⁶ Die im Dialog verbliebenen Anbieter werden über den Abschluss des Dialogs informiert und aufgefordert, auf der Grundlage der mit ihnen in der Dialogphase entwickelten Lösungen und Vorgehensweisen ihr endgültiges Angebot einzureichen.

Materialien

Erläuternder Bericht des EFD Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. April 2015

Art. 28 Dialog

Das Instrument des Dialogs – der Begriff ist an die Terminologie der EU-Richtlinien angelehnt – ist weder im GPA 1994 noch im GPA 2012 vorgesehen. Die Formulierung «Methoden wie» («such as») in Art. IV:4 Bst. a GPA 2012 weicht den numerus clausus von möglichen Verfahren in Art. VII:3 GPA 1994 auf. Im Gegensatz zu Art. XIV:2 GPA 1994 enthält Art. XII GPA 2012 nicht mehr die Einschränkung, dass der Gegenstand der (weiterhin vorbehaltenen) Verhandlungen vorab die Feststellung von Stärken und Schwächen der Angebote sein muss. Dadurch entsteht ein Spielraum für Verfahren wie den Dialog (vgl. auch Art. VII:2 Bst. f GPA 2012 gegenüber Art. IX:6 Bst. b GPA 1994). Art. VII:2 Bst. f GPA 2012 enthält die Bedingungen, die in der Ausschreibung erfüllt sein müssen.

In der EU wurde der sogenannte wettbewerbliche Dialog als Instrument zur Erhöhung der Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben bereits mit Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG eingeführt und stiess von Anfang an auf grosses Interesse. Art. 48 der neuen Richtlinie

2014/24/EU dient dazu, das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs zu optimieren und zu vereinfachen.

Eine *helvetische Variante* des wettbewerblichen Dialogs wurde auf Bundesebene mit der Revision der VöB im Jahr 2010 eingeführt. Anders als in der EU wird der Dialog in der VöB nicht als eigenständiges Verfahren ausgestaltet, sondern als Instrument, das im offenen oder selektiven Verfahren eingesetzt werden kann. Dieser Ansatz lässt sich besser in das Bundesvergaberecht eingliedern.⁹⁶ Im Recht der Kantone ist dieses Instrument bisher nicht vorgesehen.

Abs. 1

Bei besonders komplexen Vorhaben, bei intellektuellen Dienstleistungen oder bei innovativen Vorhaben ist die Auftraggeberin oft nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand im Stande, ohne Mitwirkung der Anbieterinnen den Beschaffungsgegenstand so zu bestimmen, dass er ihren Bedürfnissen gerecht wird, oder zu beurteilen, welche Lösungen der Markt anbietet. Wird eine Lösung von der Auftraggeberin einseitig favorisiert, kann dies zur Folge haben, dass die Ressourcen und das Innovationspotenzial des Markts nicht voll erschlossen werden.

Die Komplexität kann in technischen oder rechtlichen Eigenarten gründen oder Folge der gewählten Finanzierungslösung sein (insbesondere bei Public Private Partnerships).⁹⁷ In solchen Fällen ist die Suche nach Lösungswegen oder Vorgehensweisen idealerweise Teil der Beschaffung (und nicht der vorgelagerten Marktabklärung), da es sich mangels spezifischer Kenntnisse der Auftraggeberin aufdrängt, die möglichen Lösungswege und Vorgehensweisen mit den Anbieterinnen in einem strukturierten Verfahren zu besprechen und gemeinsam weiterzuentwickeln.

In der Ausschreibung ist in geeigneter Form darauf hinzuweisen, dass die Auftraggeberin beabsichtigt, einen Dialog durchzuführen. Anbieterinnen sollen bereits zu diesem frühen Zeitpunkt wissen, worauf sie sich einlassen. Die Durchführung des Dialogs liegt in der Folge weitgehend im Ermessen der Auftraggeberin.

Abs. 2

Das Transparenzgebot ist auch beim Dialog zu beachten. Die Auftraggeberin gibt in den Ausschreibungsunterlagen ihre Wünsche und Anforderungen bekannt und weist darauf hin, aufgrund welcher (Eignungs-)Kriterien sie die Dialogpartnerinnen auswählt.

Den ausgewählten Anbieterinnen gibt sie bestimmte Mindestangaben zum Ablauf des Dialogs ausreichend früh (in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen) bekannt, so dass sie sich angemessen vorbereiten können. Der Dialog wird in erster Linie bilateral mit den einzelnen Anbieterinnen geführt und soll sich auf deren Lösungen und Vorschläge stützen.⁹⁸ Gemeinsame, d. h. multilaterale Dialoge, bei denen einzelne Lösungen und Vorschläge miteinander kombiniert und Anbieterinnenübergreifend diskutiert und entwickelt werden können, sind theoretisch denkbar, aber in der Praxis nur schwierig realisierbar.

Je nach Umfang des zu beschaffenden Gegenstands bzw. der Komplexität der sich stellenden Fragen kann die Auftraggeberin den Dialog in verschiedene aufeinander folgende Phasen aufteilen, bei denen der Beschaffungsgegenstand laufend eingegrenzt werden kann. Es bleibt auf Verordnungsstufe zu regeln, wie der Vergütungsmechanismus genau ausgestaltet werden soll und ob allenfalls auch nur denjenigen Anbieterinnen eine Entschädigung gezahlt werden soll, die der Verwendung von Geschäftsgeheimnissen zugestimmt, den Zuschlag jedoch nicht erhalten haben.

Abs. 3

Ziel des Dialogs ist es, die seitens der Auftraggeberin formulierten funktionalen Anforderungen bzw. die Lösungswege oder Vorgehensweisen anhand des Know-hows und der Erfahrungen der Anbieterinnen zu konkretisieren. Dazu kann es erforderlich sein, das Verfahren in Phasen zu gliedern. Zeigt sich während des Verfahrens, dass eine der Dialogpartnerinnen vernünftigerweise nicht für den Zuschlag in Frage kommt, braucht die Auftraggeberin den Dialog mit dieser Anbieterin nicht fortzuführen.

Eine Mitteilung an diese Anbieterin in Form einer anfechtbaren Verfügung kann sogleich oder erst zum Zeitpunkt des Zuschlags erfolgen.

Abs. 4

In diesem Absatz werden das Gleichbehandlungs-, das Vertraulichkeits- und das Transparenzprinzip wiederholt. Die Weitergabe vertraulicher Informationen erfordert grundsätzlich die Zustimmung der betroffenen Anbieterinnen. Insbesondere muss gewährleistet sein, dass das Urheberrecht und das Lauterkeitsrecht gewahrt bleiben.⁹⁹

Abs. 5

Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und gerichtlichen Überprüfung sind alle Stationen des Dialogs zu dokumentieren. Falls eine Entschädigung an die Dialogpartnerinnen erfolgt, sollte auch deren Aufwand angemessen festgehalten werden.

Abs. 6

Die im Dialog verbliebenen Anbieterinnen werden über den Abschluss des Dialogs und die relevanten Inhalte orientiert und aufgefordert, innert Frist ihr endgültiges vollständiges Angebot einzureichen.¹⁰⁰ Die Auftraggeberin beurteilt die eingereichten Angebote anhand der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Die Verordnung regelt die Einzelheiten.

96 Erläuternder Bericht des EFD vom 1. Januar 2010, S. 17 f.

97 Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), S. 1-4.

98 Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18/EG), S. 7 f.

99 Vgl. Urteil des Zürcher Obergerichts vom 24.05.2012, Geschäfts-Nr. LK020010, durch das Bundesgericht bestätigt mit Entscheid 4A_397/2012 vom 11. Januar 2013.

100 Vgl. Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog in der klassischen Richtlinie (2004/18EG), S. 9 f.

III. Richtlinie 2014/24/EU

Art. 30 Wettbewerblicher Dialog

(1) Bei wettbewerblichen Dialogen kann jeder Wirtschaftsteilnehmer auf eine Auftragsbekanntmachung hin einen Teilnahmeantrag übermitteln, indem er die Informationen für eine qualitative Auswahl vorlegt, die von dem öffentlichen Auftraggeber verlangt werden.

Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge beträgt mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Auftragsbekanntmachung.

Lediglich jene Wirtschaftsteilnehmer, die vom öffentlichen Auftraggeber infolge der Bewertung der bereitgestellten Informationen dazu aufgefordert werden, können am Dialog teilnehmen. Die öffentlichen Auftraggeber können die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden, gemäß Artikel 65 begrenzen. Der Zuschlag erfolgt allein nach dem Kriterium des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses gemäß Artikel 67 Absatz 2.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen eine Auftragsbekanntmachung, in der sie ihre Bedürfnisse und Anforderungen formulieren, die sie in dieser Bekanntmachung und/oder in einer Beschreibung näher erläutern. Gleichzeitig erläutern und definieren sie in denselben Unterlagen die zugrunde gelegten Zuschlagskriterien und legen einen indikativen Zeitrahmen fest.

(3) Die öffentlichen Auftraggeber eröffnen mit den nach den einschlägigen Bestimmungen der Artikel 56 bis 66 ausgewählten Teilnehmern einen Dialog, dessen Ziel es ist, die Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen. Bei diesem Dialog können sie mit den ausgewählten Teilnehmern alle Aspekte der Auftragsvergabe erörtern.

Die öffentlichen Auftraggeber stellen sicher, dass alle Teilnehmer bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten sie sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Teilnehmer gegenüber anderen begünstigt werden könnten.

In Übereinstimmung mit Artikel 21 dürfen die öffentlichen Auftraggeber Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines am Dialog teilnehmenden Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein erteilt werden, sondern wird nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt.

(4) Der wettbewerbliche Dialog kann in verschiedene aufeinander folgende Phasen unterteilt werden, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung oder Beschreibung gibt der öffentliche Auftraggeber an, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wird.

(5) Der öffentliche Auftraggeber setzt den Dialog fort, bis er die Lösung beziehungsweise die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können.

(6) Nachdem die öffentlichen Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen erklärt und die verbleibenden Teilnehmer entsprechend informiert haben, fordern sie jeden von diesen auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen

ihr endgültiges Angebot einzureichen. Diese Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten.

Diese Angebote können auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers klargestellt, konkretisiert und verbessert werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen, Verbesserungen oder zusätzlichen Informationen dürfen jedoch keine Änderungen an den wesentlichen Bestandteilen des Angebots oder des öffentlichen Auftrags, einschließlich der in der Auftragsbekanntmachung oder Beschreibung festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen enthalten, wenn Abweichungen bei diesen Bestandteilen, Bedürfnissen und Anforderungen den Wettbewerb verzerren oder diskriminierende Wirkung haben können.

(7) Die öffentlichen Auftraggeber beurteilen die eingereichten Angebote anhand der in der Auftragsbekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien.

Auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers können mit dem Bieter, dessen Angebot als dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gemäß Artikel 67 ermittelt wurde, Verhandlungen geführt werden, um im Angebot enthaltene finanzielle Zusagen oder andere Bedingungen zu bestätigen, indem die Auftragsbedingungen abschließend festgelegt werden, sofern dies nicht dazu führt, dass wesentliche Bestandteile des Angebots oder des öffentlichen Auftrags einschließlich der in der Auftragsbekanntmachung oder der Beschreibung festgelegten Bedürfnisse und Anforderungen, grundlegend geändert werden, und sofern dies nicht die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen oder Diskriminierungen mit sich bringt.

(8) Die öffentlichen Auftraggeber können Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorsehen.

Art. 65 Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme aufgefordert werden sollen

(1) Bei den nichtoffenen Verfahren, bei den Verhandlungsverfahren, beim wettbewerblichen Dialog und bei den Innovationspartnerschaften können die öffentlichen Auftraggeber die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien erfüllen und die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern oder zum Dialog einladen werden, begrenzen, sofern geeignete Bewerber in Höhe der in Absatz 2 genannten Mindestzahl zur Verfügung stehen.

(2) Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung die von ihnen vorgesehenen objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien oder Vorschriften, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber an.

Bei nichtoffenen Verfahren beträgt die Anzahl mindestens fünf Bewerber. Bei Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialogen und Innovationspartnerschaften beträgt die Anzahl mindestens drei Bewerber. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Die öffentlichen Auftraggeber laden eine Anzahl von Bewerbern ein, die zumindest der Mindestzahl an Bewerbern entspricht. Sofern jedoch die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien und Mindestanforderungen gemäß Artikel 58 Absatz 5 erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Der öffentliche Auftraggeber lässt andere Wirtschaftsteilnehmer, die sich nicht um Teilnahme beworben haben, oder Bewerber, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, nicht zu demselben Verfahren zu.

ANHANG V TEIL C In der Auftragsbekanntmachung aufzuführende Angaben

15. Für nichtoffene Verfahren, Verhandlungsverfahren, den wettbewerblichen Dialog oder Innovationspartnerschaften, falls von der Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, die Anzahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots, zu Verhandlungen oder zum Dialog aufgefordert werden sollen, zu verringern: Mindestanzahl und gegebenenfalls auch Höchstanzahl der Bewerber und objektive Kriterien für die Auswahl der jeweiligen Bewerber.
16. Bei einem Verhandlungsverfahren, einem wettbewerblichen Dialog oder einer Innovationspartnerschaft gegebenenfalls Angabe, dass das Verfahren in aufeinander folgenden Etappen abgewickelt wird, um die Zahl der zu verhandelnden Angebote beziehungsweise der zu erörternden Lösungen schrittweise zu verringern.
18. Zuschlagskriterien: Sofern nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot allein aufgrund des Preises ermittelt wird, geht, müssen die Kriterien für das wirtschaftlich günstigste Angebot sowie deren Gewichtung genannt werden, falls sie nicht in den Spezifikationen beziehungsweise im Fall des wettbewerblichen Dialogs in der Beschreibung enthalten sind.
19. Frist für den Eingang der Angebote (offenes Verfahren) oder der Teilnahmeanträge (nichtoffene Verfahren, Verhandlungsverfahren, dynamische Beschaffungssysteme, wettbewerbliche Dialoge, Innovationspartnerschaften).

Erwägungsgründe

- (42) Für die öffentlichen Auftraggeber ist es äußerst wichtig, über zusätzliche Flexibilität zu verfügen, um ein Vergabeverfahren auszuwählen, das Verhandlungen vorsieht. Eine stärkere Anwendung dieser Verfahren wird wahrscheinlich dazu beitragen, den grenzüberschreitenden Handel zu fördern, da die Bewertung gezeigt hat, dass bei Aufträgen, die im Wege des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergeben werden, die Erfolgsquote von grenzüberschreitenden Angeboten besonders hoch ist. Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, das Verhandlungsverfahren oder den wettbewerblichen Dialog in verschiedenen Situationen vorzusehen, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nichtoffene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen. Es sei daran erinnert, dass die Nutzung des wettbewerblichen Dialogs gemessen an den Auftragswerten in den vergangenen Jahren stark zugenommen hat. Der wettbewerbliche Dialog hat sich in Fällen als nützlich erwiesen, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Diese Situation kann insbesondere bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer Computer-Netzwerke oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung eintreten. Den öffentlichen Auftraggebern sollte gegebenenfalls empfohlen werden, einen Projektleiter zu ernennen, um eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen den Wirtschaftsteilnehmern und dem öffentlichen Auftraggeber während des Vergabeverfahrens zu gewährleisten.
- (43) Bei Bauaufträgen gehören dazu Bauleistungen, bei denen keine Normbauten errichtet

werden, beziehungsweise Bauleistungen, die konzeptionelle oder innovative Lösungen umfassen. Bei Dienstleistungen oder Lieferungen, die eine Anpassung oder konzeptionelle Arbeiten erfordern, bietet sich ein Verhandlungsverfahren oder ein wettbewerblicher Dialog an. Notwendig sind solche Anpassungen oder konzeptionellen Arbeiten vor allem bei komplexen Anschaffungen, beispielsweise für besonders hoch entwickelte Waren, geistige Dienstleistungen wie etwa bestimmte Beratungs-, Architekten- oder Ingenieurleistungen oder Großprojekten der Informations- und Kommunikationstechnologie (im Folgenden „IKT“). In diesen Fällen können Verhandlungen notwendig sein, um zu gewährleisten, dass die betreffende Lieferung oder Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht. In Bezug auf Standarddienstleistungen oder Standardlieferungen, die von vielen verschiedenen Marktteilnehmern erbracht werden können, sollten das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog nicht genutzt werden.

- (44) Das Verhandlungsverfahren sollte auch in Fällen zur Verfügung stehen, in denen ein offenes oder nichtoffenes Verfahren nur zu unregelmäßigen oder inakzeptablen Angeboten geführt hat. In solchen Fällen sollte es den öffentlichen Auftraggebern gestattet sein, Verhandlungen mit dem Ziel zu führen, regelmäßige und akzeptable Angebote zu erhalten.
- (45) Für das Verhandlungsverfahren sollten angemessene Schutzvorschriften gelten, die die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz gewährleisten. Die öffentlichen Auftraggeber sollten insbesondere im Voraus die Mindestanforderungen angeben, die das Wesen der Beschaffung charakterisieren und im Verlauf der Verhandlungen nicht geändert werden sollten. Die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung sollten während des gesamten Verfahrens stabil bleiben und sollten nicht verhandelbar sein, um die Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten. Ziel der Verhandlungen sollte es sein, die Angebote so zu verbessern, dass die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzt werden, Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen einzukaufen, die genau auf ihren konkreten Bedarf zugeschnitten sind. Die Verhandlungen können sich auf alle Merkmale der erworbenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, darunter zum Beispiel Qualität, Mengen, Geschäftsklauseln sowie soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte, sofern sie keine Mindestanforderungen darstellen.

Es sollte klargestellt werden, dass es sich bei den Mindestanforderungen, die vom öffentlichen Auftraggeber festzulegen sind, um jene (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen und wesentlichen Merkmale handelt, die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann. Zur Sicherstellung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens sollten alle Phasen ordnungsgemäß dokumentiert werden. Darüber hinaus sollten alle Angebote während des gesamten Verfahrens schriftlich eingereicht werden.

- (82) Es sollte klargestellt werden, dass Informationen hinsichtlich bestimmter Entscheidungen, die während eines Vergabeverfahrens getroffen werden, darunter auch Entscheidungen, einen Auftrag nicht zu vergeben oder eine Rahmenvereinbarung nicht zu schließen, von den öffentlichen Auftraggebern versendet werden sollten, ohne dass die Bewerber oder Bieter derartige Informationen anfordern müssen. Es sei ebenfalls daran erinnert, dass öffentliche Auftraggeber gemäß der Richtlinie 89/665/EWG des Rates verpflichtet sind, den betreffenden Bewerbern und Bietern eine Zusammenfassung der ein-

schlägigen Gründe für einige der zentralen Entscheidungen, die im Verlauf des Vergabeverfahrens getroffen werden, zur Verfügung zu stellen, ohne dass die Bewerber oder Bieter die Angaben anfordern müssen. Schließlich sollte klargestellt werden, dass Bewerber und Bieter die Möglichkeit haben sollten, ausführlichere Informationen zu den betreffenden Gründen anzufordern; öffentliche Auftraggeber sollten diese Informationen bereitzustellen haben, sofern nicht ernsthafte Gründe dagegen sprechen. Diese Gründe sollten in der Richtlinie aufgeführt werden. Zur Sicherstellung der nötigen Transparenz im Rahmen von Vergabeverfahren, die Verhandlungen und Dialoge mit Bietern umfassen, sollten Bieter, die ein ordnungsgemäßes Angebot unterbreitet haben, sofern nicht ernsthafte Gründe dagegen sprechen, ebenfalls die Möglichkeit erhalten, Informationen über die Durchführung und den Fortgang des Verfahrens anzufordern.

IV. Literaturhinweise

BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, BR/DC 2010, S. 110 ff.

FETZ MARCO, Dialog im Vergaberecht, BR/DC Sonderheft 2006 S. 59 ff.

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/STEINER MARC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes, der Kantone und der Europäischen Union, 3. Aufl. Zürich 2013, S. 308-312

KOORDINATIONSKONFERENZ DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DER ÖFFENTLICHEN BAUHERRN (KBOB), Leitfaden öffentliche Beschaffungen mit Dialog, Bern 2014

LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue "Dialog": Spielräume bei Bund und den Kantonen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 277-310

RAMER ERICH, Günstigst statt billigst: Anstösse aus Planersicht, in: Zufferey Jean-Baptiste / Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 299-323